

# PRINCIPIOS DE TEORIA DEL DELITO

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

## 1

Es siempre difícil escribir sobre un sector del ordenamiento jurídico que detenta el *ius puniendi*, es decir, expresar la fuerza justificante del poder del Estado, a través de su instrumento más impresionante: la pena, el castigo, y situarlo en el momento actual en obligadas claves de necesidad y proporción.

Decía *necesidad*, por cuanto, hoy por hoy, sin Derecho penal no se sostendría la pacífica convivencia social; y *proporción*, o sea, mínima intervención —última *ratio*, en frase del gran clásico— que significa limitación de su actuación enérgica a lo realmente imprescindible, lo que tanto preocupaba a Binding, precisamente para asegurar aquella relación ciudadana, remitiendo a otros Derechos la solución de problemas que no merecen el reproche de la sanción criminal, aunque sí son acreedores de otras consecuencias gravosas para los particulares.

Al regular las relaciones entre el Estado y las personas y atender a los intereses generales, es *derecho público* el penal y, además, no meramente sancionador, sino *autónomo* en sus concepciones, lo que se verá en los elementos normativos jurídicos del tipo (consideración de nacido, bien mueble o inmueble, condición de funcionario, etc., no coincidentes con el ordenamiento civil ni con el administrativo).

Mi *formación* penalista es clásica, como lo fue la de toda mi generación. Aprendí a leer, en clave punitiva, en lengua mediterránea, peninsular después.

La Ciencia italiana colmó, en aquellos magníficos años de iniciación, todas las satisfacciones esperadas. Los tomos de Francesco Carrara, el maestro de Pisa, como diría después siempre otra capital figura de nuestra disciplina, Jiménez de Asúa, la "Ciencia de la Legislación" (1780), de Filangieri o la "Génesis" (1791) de Giandoménico Romagnosi, pusieron las primeras bases de los conocimientos vocacionales que empezaban y que toda la vida habrían de ser renovados y permanentemente continuados, conformando un destino.

Los alemanes llegaron más tarde.

Los comentaristas españoles sentaron el saber de nuestros antecedentes codificados. La agudeza luminosa de Pacheco o el genio disciplinado de Groizard introducen al joven estudiante en el Derecho penal patrio con una soltura y elegancia que, un siglo después, tan sólo conseguiría la clara pluma de mi profesor de licenciatura, don Antonio Quintano, en obra de conjunto.

La sabia dirección de un *maestro* universitario ha de orientar esos años decisivos. Lo son de estudio, clases prácticas y dedicación a una asignatura, llena de matices, que configurará parte del saber personal y todo el profesional para siempre. Pero también de leer todo lo que cae en las manos, fichar libros y artículos, de luchar con la tesis doctoral y escribir. Es aquí, fundamentalmente, donde es precisa la determinante orientación y guía de quien le haga a uno comprender los caminos limpios y despejados o los recodos, la geografía en suma, de los textos y doctrina penal. Desde comienzos de la década de los setenta (verano de 1971) este lugar lo ocupa en mí el profesor Enrique Gimbernat, de quien sigo permanentemente aprendiendo. Mi vida sería peor si él no estuviera.

Si he efectuado mención a estos aspectos de mi formación en el campo del Derecho penal, es por cuanto se relacionan, de manera directísima, con la *concepción* que se posee de nuestra ciencia criminal. Si se ha bebido en la literatura mencionada y no sólo se ha estudiado con fruición sino aprendido como una religión, es difícil olvidar y, menos aún rechazar, sus postulados primigenios.

El saber posterior podrá completar, claro es, aquellos inicios, que duraron años, sumándose a los mismos, enriqueciéndolos así, pero no arrinconarlos tanto que, prácticamente, resten sepultados en el fondo de aquel poso indeleble que configura el conocimiento.

Por eso no es de extrañar que los libros de los maestros del primer tercio del presente siglo, y aún del XIX, conformada ya

nuestra disciplina en conjuntos sistemáticos, se conserven como reliquias en las bibliotecas, se releen con respeto, actitud discipular y auténtica emoción y a ellos se acuda cuando se quiera encontrar el sencillo planteamiento de problemas que, posteriormente, siguen buscando adecuada solución. Una librería particular y, desde luego, universitaria, sin ellos, está incompleta, ayuna de antecedentes, difícil de aceptar e imposible de admitir en una Facultad prestigiosa. Lo menciono por cuanto existen opciones, nada infrecuentes, de rellenar los tejuelos de los estantes públicos, con los privados hágase lo que se quiera, con nuevos autores ininteligibles y gesticulantes, renunciando a lo sencillo y diáfano, no menos riguroso por ello.

Esto configura y da pie a otra mención necesaria al escribir de Derecho penal: la *claridad*, tanto referida a la expresión literaria cuanto predicada de la exposición oral; la limpieza de la transmisión de ideas, de contenidos, la imprescindibilidad de ese mágico hacerse entender, a veces tan difícil de alcanzar en las disciplinas jurídicas, clave para el fenómeno de divulgar los conocimientos, primero, y hacerlos atractivos después.

Y además, precisamente, en una Ciencia dogmática *estructurada*, después de pormenorizada evolución, con extrema sencillez en un sistema comúnmente aceptado en dos grandes Partes, General y Especial, lo que no tiene parangón, como decía Antolisei, en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Sencillos son, asimismo, sus *criterios valorativos*: es más grave el dolo que la imprudencia (Engisch), el ser autor que cómplice de un delito, la consumación del hecho típico que su mero intento, el aprovecharse de la soledad circundante (ya desde Romagnosi) para ejecutarlo que el no hacerlo. Y es elemento que pertenece a dicha orientación el dejar impunes los actos preparatorios que no ponen todavía en peligro el bien jurídico protegido por la descripción legal o el desistimiento voluntario de ejecutar el delito, es decir, no queriendo aunque pudiendo hacerlo (Frank); así como en la Parte Especial rige aquel capital sentido para castigar con mayor severidad el homicidio circunstanciado que el simple y éste más que el aborto o el robo con violencia que el hurto. El infanticidio, ese delito de la soledad, por excelencia, de la madre (gesta sola, da a luz sola y mata al hijo sola), se sanciona, así, menos que el parricidio.

Ahora bien, una cosa es el criterio valorativo y otra el orden moral.

## II

El Derecho penal no debe confundirse con la *moralidad*.

Ni siquiera es el mínimo ético manziniano ni, más recientemente, sigue siendo poco menos que su esclavo. La moral es una cosa y el ordenamiento punitivo es otra. Aquella es fuente de nuestra actuación en la vida cotidiana, un comportamiento ético, con independencia de criterios jurídicos. El Derecho ha de atender a la regulación vinculante de la vida social, no personal, y el *Derecho penal* con argumentos de utilidad y ponderación en la protección de bienes jurídicos, con razones de eficacia en su lucha equilibrada entre la libertad y la seguridad de todos. Existen actos inmorales y, si se quiere, graves, que no encuentran su reflejo sancionador en nuestro ordenamiento y, al revés, delitos formales que nada tienen que ver con la moral. No mostrar el más mínimo afecto ni atención para nuestros mayores, rayano en su abandono, no pagar la renta de la vivienda o comunidad de vecinos, pudiendo hacerlo sin problemas, incumplir los contratos, no acudir el millonario derrochador en socorro del indigente, despedir el patrón al fiel trabajador casi al final de su vida laboral, o tener el lugareño en casa solitaria y alejada del núcleo urbano un arma sin licencia, son ilustrativos ejemplos: a los primeros no alcanza el reproche punitivo, al último es evidente que sí.

El Código penal y la legislación especial correspondiente, en su caso, indican los delitos y las penas. He aquí un rasgo distintivo y único de nuestro derecho, sancionado constitucionalmente.

Sólo la *ley* es unigénita fuente del mismo, por eso, porque se refiere a la libertad de los hombres en todos los lugares, este *principio* de manifestación de la *legalidad* es característico de nuestra disciplina. Ni los principios generales, ni la costumbre, la doctrina científica o la jurisprudencia alcanzan semejante rango ni función. Otra cosa es que sirven como *elementos interpretativos* y, ciertamente, de entidad; y ello es de esta forma porque el Derecho penal es, sobre todas las cosas, seguridad, equivalente al principio de legalidad. Sólo la ley abre la prisión, dijo Mezger.

Esta regla de oro (no hay delito ni pena sin ley) se manifiesta con generosidad expresa. Así, cabe la aplicación de la nueva norma, si es *más favorable*, a los hechos cometidos bajo la vigencia de otra más severa, incluso si es ley intermedia, en contra del serio principio de la irretroactividad civil de toda disposición jurídica.

La exigencia material y formal de la legalidad normativa, sin aceptar así tajantemente la analogía en nuestro campo, se extiende a la ejecución penitenciaria (Ley General Penitenciaria) en todas sus facetas garantistas, no alcanzando, en principio, la retroactividad al ordenamiento procesal adjetivo (Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El Derecho penal es *territorial*. La lógica argumenta a favor de esta regulación universal, que es la regla, siendo excepciones los principios de personalidad, real o de comunidad de intereses. La soberanía indeclinable del Estado, por un lado, con independencia del nacional infractor, y el superior conocimiento que del ordenamiento propio y de las pruebas del hecho tienen los órganos judiciales naturales, abonan este razonable principio. Y es que el Derecho Criminal se tiene por los diversos países como algo casi personal que, en muchos casos, es piedra de toque de ideologías democráticas y actitudes liberales. Yo he podido oír hablar de un Derecho civil moderno de tal o cual nación pero, especialmente, el calificativo de progresista lo he escuchado y adjudicado o negado a determinados Códigos penales o Leyes de ejecución de penas.

Aunque puede estudiarse al finalizar el análisis de los elementos tripartitos del delito y, de hecho, así acontece habitualmente, las inmunidades personales son, de suyo, claras excepciones al principio de territorialidad de las leyes penales, aunque de diferente fundamentación a las citadas en el texto.

La forma de conocer la ley penal es su adecuada *interpretación*.

Rigen aquí los clásicos métodos bien definidos por uno de los más grandes de los juristas de todos los tiempos —como enseñaba Hernández Gil—, Von Savigny. Ahora no basta ni siquiera, como argumento de definitiva autoridad, la efectuada por el mismo legislador, denominada, con inexacta corrección, interpretación *auténtica*, pues a su vez otras concepciones pueden modificarla al no resolver el texto, aunque ese fuera su original deseo, todos los problemas que se van presentando, no tenidos, ni podidos tener, en cuenta por el prelegislador. El ejemplo de la circunstancia agravante 1<sup>a</sup>, párrafo segundo, del artículo 10 CP, alevosía, es buena muestra de lo expresado.

La concepción *sistemática* ha de primar en los supuestos de análisis normativo de conjunto y la *teleológica* en casos de trabajar con criterios y visión de política criminal. En todo caso, esto es lo

que exige una realidad social siempre cambiante y unas leyes no permanentemente variables que se han ido conformando *históricamente*, referencia a veces útil para un tema muy concreto.

El *método* de conocimiento técnico-jurídico es, así, el estudio *dogmático* del Derecho penal positivo, pero no como algo definitivamente cerrado, como un sistema ya concuso, sino como capaz de evolución, partiendo de unas premisas elementales —hasta sólo aquí cabe la ilusión del dogma— que se desarrollan con nuevas concepciones analíticas y aportaciones que enriquecen nuestra ciencia. Los modernos criterios de imputación objetiva, por ejemplo, comúnmente hoy aceptados, no tienen su reflejo en preceptos legales expresos.

La construcción de un *sistema* ordenado de conocimientos es característica de toda Ciencia.

El Derecho penal lo es, pero no ha de confundirse con otras de singular relevancia, eso sí, en el conjunto de las que se refieren al hecho criminal. El ordenamiento sustantivo (*ius poenale*) estudia el delito y sus consecuencias jurídicas; la Criminología, el delincuente; el Derecho penitenciario, la ejecución de la pena privativa de libertad. Además, otras disciplinas auxiliares, como su nombre indica, acuden como soporte de averiguaciones o comprobaciones de los actos humanos, de carácter más procesal. La denominada Política Criminal no pasa de ser un criterio de interpretación y adaptación del Derecho penal, ya lo he dicho.

### III

La *Parte General* del Derecho penal presenta, a su vez, a los estudiosos dos grandes divisiones, descontada la clásica *Introducción*, parte de cuyo contenido ya he revelado: la *teoría del delito* y la *de la pena*, genéricamente hablando.

La dedicación de la ciencia penalista ha escorado, permanentemente, hacia la primera. Ello, y es lógico, por presentar un atractivo invencible a los autores desde la producción de textos completos como el Feuerbach (1801) o el Merkel (1889), que pusieron los cimientos de la teoría jurídica del delito, edificada por Liszt (desde 1881), y que introduce en nuestro país Jiménez de Asúa en 1931.

La pena era, y me atrevería a decir que es, algo secundario de estudio, que no presentaba especial afecto. En la misma Alema-

nia, con la excepción en los años cincuenta de la buena obra de V. Hentig, y en la propia Italia, la dedicación penológica ha tenido un nivel muy bajo cualitativa y cuantitativamente. Incluso a las legislaciones penitenciarias europeas, salvo excepciones, no alcanzaba hasta la década de los años setenta, la reserva de legalidad, por cuanto los simples Reglamentos ventilaban el problema de la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad de esta clase.

No es de extrañar, por eso, que parafraseando al autor clásico, la literatura científico-penal sea gigante en el conocimiento de la dogmática, que se identifica con la exposición del delito, y pigmea en el estudio del Derecho penitenciario. Y, sin embargo, tan importante se revela hoy en día la una como el otro. Quien incurre en hechos criminales es el hombre, un autor culpable técnicamente, de acuerdo, pero también él es quien ingresa en prisión.

En cualquier caso ahora es incontestable la diferenciación de ambas porciones en el estudio del Derecho penal, sin bien sigue presentando mayor tajada la teoría del delito en detrimento de la pena y su ejecución en Tratados y Manuales de cualquier país salvo, claro está, en Norteamérica donde todo, o casi todo, es Criminología, es decir, ni lo uno ni lo otro.

La dogmática del delito se nos ofrece como algo muy elaborado, si no acabado.

Bien siguiendo el criterio de *exposición* analítico o el totalizador, se está de acuerdo en el contenido de unos conocimientos que parecen sedimentados en apenas los últimos cincuenta años. Incluso ante la convulsión que supuso en la doctrina la irrupción del finalismo y su desplazamiento, entre otras consecuencias, del estudio del dolo de la culpabilidad al tipo, que conmovieron las construcciones científicas causalistas, se ha optado por una integración de posturas que no aborda los excesos de la teoría welziana ni el anquilosamiento formalista pretérito. La lectura de la informada, diáfana y magníficamente didáctica "Introducción" (1979) de mi maestro aclara lo que digo.

Si la Parte General de la disciplina se sustenta en los ya mencionados criterios valorativos y de seguridad jurídica, la Especial se refiere a la ordenada selección de los bienes jurídicos dignos de defensa o protección, cuyo ataque es insoportable socialmente. No se trata aquí de un estudio de los mismos, sino de la sencilla exposición de los elementales principios en orden al conocimiento

conjunto e interrelación de las claves internas del sistema de la Parte General y, más concretamente, de la *teoría del delito*.

¿Es igual de reprochable la *acción* que la *omisión*?

Esta es la primera cuestión que hemos de plantearnos, partiendo de su mención equivalente en la definición formal que de delito y falta da nuestro texto punitivo. ¿Es igual matar con las manos o de un disparo que dejar el vigilante playero ahogarse al naufrago? ¿Y golpear al hijo o permanecer impassible mientras se le pega pudiendo evitarlo?

Todo requiere pasos previos conducentes a despejar posiciones y aclarar enunciados legales.

De entrada, no todos los delitos admiten la comisión mediante la omisión. El hurto se define, entre otros elementos normativos y descriptivos, como tomar la cosa; el auxilio al suicidio, como prestar cooperación a quien está resuelto a quitarse la vida; el aborto exige el obrarlo y la prevaricación, dictar resolución injusta. Es decir, el legislador utiliza en estos supuestos para contener la conducta típica del autor ejecutor material, un verbo directo, determinado, inequívocamente activo (Rodríguez Mourullo), que no tolera la forma omisiva; o hay actuación o hacer activo, valga la redundancia —coger con la mano la cartera o el reloj de la víctima; prestar la pistola a quien quiere así matarse o retirar la silla donde se apoya el suicida pendiendo de la soga; realizar de propia mano la operación abortiva o emitir el acuerdo—, o es impune por atípica la conducta. No cabe aquí el castigarme, por ejemplo, por hurto si alguien confunde su bolsillo con el mío introduciendo su pluma, que no le devuelvo; ni por cooperación a la muerte de alguien si entro en la habitación donde se está ahorcando y me voy, cerrando cuidadosamente la puerta; ni por autor de aborto si, como espectador, no detengo la expulsión del feto.

Otra cosa es que, en el segundo supuesto, el del suicida, pueda responder por otro título de imputación, cual es el delito de omisión del deber de socorro, que no se tipifica expresamente con una conducta activa, referencia genérica de actuar solidario que no se alcanza al Código penal en materia de hechos criminales contra la vida dependiente ni contra la propiedad, ni aún como obligación de impedir resultados.

En los delitos en que el verbo de la acción típica se refleja genéricamente y de manera indirecta o indeterminada un resulta-



do, como matare, lesionare o detuviere, el problema de principio no se plantea: cabe la omisión.

La doctrina que mantiene que toda omisión es, en el fondo, una acción (así, el no socorrer es alejarse del lugar), no es convincente. Por el mismo camino, la acción también sería, entonces, omisión (no dejar de disparar, apuñalar o golpear a la víctima), lo que no se sostiene.

Si el Código penal tipifica no la norma prohibitiva, sino la preceptiva, un mandato, por ejemplo, socorrer, aún a la propia víctima, el problema no presenta caso. En el delito propio de omisión no se responde del resultado, sólo del mero no actuar al que se estaba obligado, cuyo reproche sienta la ley. Otra cosa es equiparar lo activo con aquella omisión a todos los efectos.

La doctrina y práctica dominante acude, en estos casos, a la denominada *posición de garante* del sujeto activo para sustentar aquella igualdad y transformar la omisión simple en comisión por omisión (omisión impropia).

Las fuentes tradicionales de producción de la mencionada posición de garantía (la ley, el contrato, las relaciones de familia o vecindad, el actuar precedente o pensamiento de la injerencia) fueron ya contestadas por quienes consideran ontológicamente diferentes la acción de la omisión. La solución propuesta era atenuar el tipo activo (Dreher), en claro reconocimiento de su diversidad.

El profesor Gimbernat distinguía también ambas conductas atendiendo no a fórmulas conocidas, sino a la propia tesis de la creación del riesgo —lo produce, así, la madre que no liga el cordón umbilical del recién nacido o no le alimenta—, castigando por omisión cuando tal no ha sido dependiente del autor, con la correspondiente agravante, si cupiera —por ejemplo, parentesco— en su caso.

En el por hoy su último trabajo al respecto, muy recientemente publicado en el Anuario, vuelve a hablar mi maestro de su concepción, mucho más restringida que la del garante, centrada ahora en la lesión por omisión como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro preexistente, de tal forma que únicamente existe comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilarlo, mediante la ausencia de una medida precautoria que le atañe, lo desequilibra intencionalmente condicionando dicho foco, con toda seguridad, el resultado típico.

Una *posible limitación*, superadora también de la garantía como exclusivo criterio, haría depender de la inmediatez en el no

actuar, la total y única dependencia del desvalido y el control del peligro, la equiparación entre acción y omisión.

Quiero decir que ese hacerse presente ahora, en este momento y dominar el riesgo, es una probable causa de reflexión, y de este modo, ¿es lo mismo la actitud pasiva de la madre mientras su marido lesiona con gravedad al hijo, en su sola y única presencia, que la del socorrista que tampoco se lanza por quien se ahoga en piscina concurrida? No creo que pueda valorarse lo mismo.

En el primer caso, sobre la clásica condición de garante se acentúa, en esta acepción, la soledad en que se produce el hecho, la absoluta desprotección de la víctima; la madre es la única esperanza de parar la agresión del padre que podría tener el pequeño, dependiente así de esa conducta omisiva, que bien puede equiparse a haberla efectuado activamente. Pero el bañista se ahoga, en primer lugar, en presencia de más personas, entre ellas, desde luego, la del socorrista, que no hacen nada por salvarle. No me parecen, francamente, iguales los casos.

Pero es que hay más; aún la madre que no se sumerge en el mar por su hijo no era la única que podía impedir su trágica muerte, pues la acción de las aguas no dependen de su actitud quieta. Ni en la borrasca manda el guía alpino, aunque sí la can-guro en el horno donde el pequeño a su cuidado introduce la mano, quemándose gravemente.

Sentados estos criterios, el omitente responderá del delito doloso de omisión de socorro o de resultado (parricidio, homicidio, lesiones) correspondiente y en el supuesto de no controlar el actor una mera fuente de peligro (Artz), del acontecer imprudente siempre que exista puntual lesión del bien jurídico.

Y, claro está, el Derecho penal no haría reproche a quien tiene un acto reflejo o es *forzado* a actuar u omitir, bien porque el acompañante de su vehículo, por ejemplo, le pisa el pie del acelerador para no frenar ante el control policial, saltádoselo y causando lesiones, además, a los agentes o porque, en caso clásico, se narcotiza o maniata al guardabarreras que no puede servir, así, el paso a nivel, provocándose el mortal accidente.

En los delitos de resultado, así homicidio, lesiones o aborto —en supuesto interesantísimo de nuestra jurisprudencia de 6.XII.85—, la literatura científica se plantea de consuno el tema de la *causalidad*.

No es la auténtica histeria que envolvió a los tratadistas de hace años, se pudo pensar, así, que nadie que se preciase podía publicar un libro sin una nueva teoría causal, pero hoy el asunto sigue teniendo su meridiano interés, sin alardes, aposentado, como todo lo que configura uno de los materiales clásicos de nuestra ciencia no reducido a escombros.

Advertido por Mezger, primero, y muchos otros después, que las teorías al respecto eran fundamentalmente dos: la de la equivalencia o de la condición y la de la adecuación, el camino de la síntesis fue largo y dificultoso. Hoy nuestro Tribunal Supremo fija la causalidad partiendo de la primera teoría (plano ontológico), que siempre fue la correcta pese a las trampas que desde Binding le fueron tendidas, sentando posteriores criterios de imputación objetiva (plano normativo correctivo) para poder empezar a hablar de reprochabilidad del autor: creación o incremento del riesgo y fin de protección de la norma o, si se prefiere, lógica de la ley, por cuanto de esto se trata.

Lo cierto es que el tránsito hasta el estado actual de la cuestión no ha sido ayuno de obstáculos.

Se trataba de no achacar responsabilidades imposibles jurídicamente, aunque sí naturalísticamente, a quienes, por ejemplo, ponen en el origen del indubitado sendero causal, la fabricación de una cama en el adulterio posterior (no relevancia típica); el colocar despreocupadamente la escopeta cargada en la pared de donde la coge el homicida doloso (prohibición de regreso); el lesionar a quien después fallece por su propio actuar, de un tercero imprudentemente o por un suceso extraordinario (interrupción del nexo causal si no hay conexión del riesgo); el haber sido el origen de las secuelas en la víctima que, tiempo después, por su disfunción, fallece al resbalar (riesgo genérico de vida) o el compartir conscientemente el grave peligro con el fallecido por sobredosis (autoresponsabilidad).

En otros supuestos clásicos se ha venido, en cambio, aceptando siempre la causalidad, como en los casos de la denominada hipotética (guardián del campo de concentración que alega que otro lo haría), alternativa (dosis de veneno eficaces aún sumándose) o sobrevenida (adelantarse un particular a ejecutar al reo de muerte).

Sentada la causalidad, Gimbernát introduce, lo ha dicho Rudolphi, los modernos criterios de la *imputación objetiva* que resolvieron el problema con ulteriores materiales de conocimiento.

Sólo tres ejemplos ya clásicos. Roxin recobra el caso denominado del ciclista borracho, atropellado del mismo modo que si fuera sereno, por cuanto la maniobra era igual de imprevisible para el conductor imprudente. Mi maestro, el profesor Gimbernat, propone el del suicida que se arroja debajo de las ruedas del automovilista que conduce por su izquierda, pero que lo mismo hubiera realizado si el coche viniera por su mano, pues sólo aguardaba a tirarse debajo del primer auto que por allí pasase. Volk y Jakobs describen el supuesto de quien se salta el semáforo en rojo y atropella posteriormente al peatón, que cruza sin atención, pero no puede frenar por llevar una superior velocidad que si se hubiera detenido reglamentariamente.

¿Y qué acontecería si viajo más rápido, pero dentro de los límites de velocidad ciudadana, de lo que indica la señal de zona escolar, cuando no hay clases, causando la muerte del peatón distraído? ¿Y si a consecuencia de mi grave imprudencia al sobrepasar la señal roja de prohibido y atropellar al niño, una persona mayor fallece de un fallo cardíaco al ver el caso? *La lógica de la norma* también en estos casos diría que su ámbito de protección no es prevenir otros accidentes que los referidos al horario de entrada, recreo o salida del colegio, en el primer supuesto, ni ataques al corazón de terceros no atropellados por no detenerse alguien, sino no arrollar a peatones que cruzan a su debido tiempo.

Caben también semejantes construcciones para los delitos dolosos, así suicidio o fallo cardíaco por la impresión del asesinato o violación de la hija, o causación intencional de un daño menor que el que iba a producirse (Jescheck), como apartar violentamente a alguien y lesionarle, para que no reciba el ataque mortal.

Bien es cierto que en algún caso de culpa que ha tenido ocasión de juzgar nuestra Sala Segunda en la década de los ochenta, no dio, en mi opinión, el paso requerido en el sentido del texto, acordando la reprochabilidad del conductor inexperto que atropella, por su propia imprudencia, a los viandantes que circulan, con corrección, por su arcén (¡de acuerdo!), pero al que también imputa las lesiones, causadas fortuitamente por otro automovilista, de quien al ver el accidente sale despavorido, cruzando la calzada sin mirar, para avisar a otro grupo de amigos; consecuencias indirectas, pues, que no me parece claramente entren dentro de la previsión normativa. De acuerdo con esta resolución, de 27-I-84, se mostró Luzón Peña, con nota en contra de Silva Sánchez en "La Ley".

## IV

El *tipo* es la descripción legal del hecho criminal. De ello, la tipicidad es garantista y cuanto más cerrados sean sus elementos normativos y descriptivos, más se habrá ganado. La tipicidad es, así, certeza. La inseguridad jurídica no se aviene bien con ella. La genial intuición del gran Liszt relacionó, por eso, la formulación del principio de legalidad con el tipo delictivo.

Abarcada la conducta humana en uno de los hechos criminales recogidos en la Parte Especial de un Código penal, pueden plantearse problemas de correcta y moderna interpretación acerca de su contenido. El principio de insignificancia es prueba de ello, así como el de adecuación social o determinadas exigencias de antijuridicidad material. Con anterioridad, el consentimiento también desempeña esta función. No se debe castigar por cohecho al profesor que acepta la invitación a un café por sus alumnos, ni por lesiones a las deportivas, ni por estafa a quien alaba en exceso las cualidades del producto, ni por falsedad a quien no pone en riesgo, ni aun potencialmente, la fe pública en el tráfico jurídico, ni, desde luego, por violación, aunque hay acceso carnal con fuerza, entre masoquistas.

Incluso, como advertidas en la tipicidad han de ser las condiciones objetivas de punibilidad. Las de procedibilidad o perseguibilidad y las excusas absolutorias (por ejemplo: arts. 18 y 564 CP), en cuanto manifestación del principio de oportunidad, son expediente procesal. Estas grandes discriminadas en la teoría del delito pueden, así, encontrar razonable acomodo.

Por otro lado, el sistema convertirá los tipos en básicos, cualificados o privilegiados, dependiendo de la relación que tengan entre sí; en comunes o especiales, propios dicen los italianos, atendiendo al sujeto activo; o en simples o complejos según la unidad o dualidad de bienes jurídicos lesionados. No obstante, su nómina es más larga. Todo ello es patrimonio de la tipicidad y en esta sede ha de individualizarse.

Sin tipo no habría Derecho penal modernamente entendido y, de hecho, nuestra disciplina tiene un concepto intolerante, patrimonial, del mismo. Ni, desde luego, el Derecho administrativo puede en ello siquiera aproximarse. El hallazgo beliniano no cayó, claro es, en saco roto, antes por el contrario, es indeleble. Desde aquel brocardo legal “el ladrón será ahorcado”, a la actual y precisa

descripción del hurto, por ejemplo, ha pasado toda la dogmática jurídico-penal.

Por ello decía que el tipo era, además, precisión. Su remisión a otras normas, fuera del ordenamiento penal, plantea siempre problemas y si el juez ha de acudir a rellenar los espacios en blanco no sólo a dictados civiles o reglamentarios, sino a criterios socioculturales (por ejemplo, obscenidad o pornográfico), la premisa de la seguridad jurídica se siente afectada, se resiente de severa inquietud y esto preocupa al penalista.

La concisión, la certeza, el acabado y la totalidad descriptiva es consustancial a una norma punitiva que se precie. El tipo ha de encerrar globalmente el hecho punible que es premisa del castigo; es un radical saber a que atenerse orteguiano, destinado a erigirse en aspecto determinante de las conductas humanas que afectan a bienes jurídicos dignos de protección. El tipo es quien otorga relevancia social a las acciones.

La atipicidad es garantía de libertad como la tipicidad lo es de seguridad. Ni aun el *nomen iuris* continente de los Títulos, Capítulos o Secciones de los textos punitivos indican nada frente a la narración de los delitos o faltas, contenida en los correspondientes preceptos ordinales.

La tipicidad ha de leerse con carácter restrictivo, *pro reo*, sin tratar de expansionar de forma incorrecta este clásico principio de nuestra ciencia.

En la duda *pro reo* significa, precisamente, aunar el concepto procesal de la presunción de inocencia con el entendimiento del tipo, no sólo no más allá de sus límites estrictos, sino incluso re-trayendo su sentido al mínimo aceptable de legalidad, es decir, realizar la inteligencia del hecho con criterios favorables al reo no porque un sentimiento pietista así lo creyera, sino porque es de esta manera cómo lo impone la *ratio* actual del Derecho penal. De ahí, recientes interpretaciones jurisprudenciales, cambiantes de su tradicional doctrina, acerca del concepto cónyuge en matrimonios separados de hecho *versus* parricidio; sobre la afectividad en agravante de parentesco; o relativa a tomar las armas en el lugar del robo en vez de llevarlas preordenadamente. En cambio, no había que hacer especiales esfuerzos para comprender que el delito de aborto no abarca la fecundación in vitro. Esa es, diáfananamente advertida así, la grandeza del tipo penal.

La tipicidad es indiciaria de la *antijuridicidad*.

Si se nos aparece con claridad en nuestro análisis de una conducta que la misma está encuadrada en un precepto de la legislación penal, la calificamos de típica y ello nos da una pista, un síntoma, de ser contraria a derecho. No unifico ambos conceptos.

El tipo no es la antijuridicidad sino su problema; puede darse tipicidad sin antijuridicidad penal pero nunca ésta sin tipo previo. El Derecho penal se construye así con unas categorías que van completándose y excluyéndose en su estudio si las primarias no se dan. El acto reflejo no llega a ser típico, el homicidio justificado no es antijurídico. Más adelante se verá cómo pueden darse tipos contrarios a ley pero no ser culpables, aunque nunca al revés: si la causa de justificación entra en juego, es indiferente la capacidad de reproche del autor, el presupuesto de su imputabilidad o su capacidad de motivación. El tipo se refiere al hecho, la antijuridicidad al derecho y la culpabilidad al autor.

*Las causas de justificación* convierten el actuar típico en conforme a derecho. Lo que podía haber sido un delito, de hecho lo era hasta ese momento, al concurrir alguna de aquéllas se transforma en algo permitido, no desvalorado con el reproche penal, aunque el resultado producido fuera de los más graves.

Al darse una conducta jurídica, no puede hablarse en ella de responsabilidades penales o civiles, ni cabe la participación en la misma. Quien arroja su pistola al amigo para que se defienda, en legítima defensa, no es cooperador necesario de un homicidio, ni quien ayuda a subir a otro a una balsa salvavidas procurando su colaboración activa en el hundimiento en las aguas del segundo naufrago. Se es copartícipe de los hechos criminales, no de los ajustados a derecho. De ahí, el principio de la denominada accesoriidad limitada que rige en nuestro derecho, salvo para el encubrimiento.

Vista la extraordinaria eficacia de las causas de justificación es lógico suponer que dichas se entienden con concepciones muy *limitadas*, más incluso que en otros derechos de nuestro círculo cultural y estoy pensando en la mayor amplitud de la legítima defensa entre los alemanes. Y esto de diversas maneras.

En primer lugar, los resultados fatales o lesivos no se admiten fácilmente, con razón. Sólo en supuestos de, por ejemplo, en

legítima defensa, agresiones a la vida, integridad corporal o libertad, los acepta nuestro Tribunal Supremo.

Después, no únicamente ha de darse el aspecto objetivo de la circunstancia como, en el caso individualizado por Baumann del médico abortista que, sin saberlo, así salva la vida de la embarazada, para alcanzar la totalidad de su significado exculpante. Si está ausente el elemento subjetivo de la justificación, ha de estar-se, con Mir, a la eximente incompleta, en detrimento de otras soluciones. Si otro móvil concurre con el propio de la eximente, así el provecho económico del intermediario en un secuestro, el Tribunal Supremo, en Sentencia 5-XII-94, se atuvo a la circunstancia plena.

En tercer lugar, el medio empleado por el agente ha de ser el único o el menos dañoso posible. La imprescindibilidad o proporcionalidad de lo utilizado reclama su lugar en toda esta materia (repeler la agresión, uso de armas por la policía, etc.).

Como cuarta cuestión, toda causa de justificación conlleva una exégesis de ponderación de bienes o intereses en conflicto. El hacer cumplir el derecho frente al injusto agresor por parte del individuo y del Estado, por sí o por delegación en aquél. La equivalencia de males graves causados o de bienes salvados, en el estado de necesidad y en el miedo insuperable, siguiendo la teoría unitaria (Gimbernat); la preferencia del deber de omisión frente al de acción en supuestos colisionantes (no puedo quitar el aparato entubador a A para salvar a B, pero sí optar por cualquiera de los hijos en el incendio); o la exigencia de declinar la conciencia en el conflicto ante graves hechos (Sentencia 21-VII-93, sobre alojamiento por un cura párroco a miembros de ETA). Las ya clásicas jóvenes obras de Luzón Peña y Cuerda Riezu en nuestra literatura son determinantes al respecto.

Porque la vida o la integridad física se imponen al respeto a la voluntad del huelguista de hambre carcelario, ya en mi tesis doctoral defendí la pertinencia de la eximente de estado de necesidad a quien le aplica la alimentación forzosa.

En base al fundamento anteriormente descrito, se puede llegar a hablar de eximentes supraleales, aunque no en nuestro ordenamiento jurídico, al basarse en la actuación no exigible de otra manera distinta.

Precisamente por su carácter justificativo, cualquier persona puede actuar cubierto por esta situación legal, predicándose de



inimputables o de quienes obren en error de prohibición, sin exigencia de someterse a la aduana de la culpabilidad.

En mi criterio, estas circunstancias se excluyen entre sí, siendo difícil de aceptar que la solución a los graves supuestos de hecho de origen *concurran* a la vez. Ni en el estado de necesidad hay agresión ilegítima, ni en la legítima defensa puede concurrir aquél. Del mismo modo, la autoridad que obra en el ejercicio del cargo o deber tiene eximente propia y específica, salvo que previamente haya actuado cubierto por una causa que le alcance como a cualquiera de los particulares (contra: TS 20-X-93, aplicando las dos). Asimismo, el miedo, que no sea enajenación transitoria, puede convertirse en excluyente de responsabilidad criminal después de haber comenzado como defensa extensiva.

Es fácil comprender el enfrentamiento interior, la tensión del intérprete y del aplicador del derecho en todos estos supuestos. Ha de tenerse en cuenta, además, que en algunos casos el interés preponderante pasa por amparar al más fuerte, como en el ejemplo de la tabla de Carneades; pero es que no a todo puede llegar la ley penal: a satisfacer la justicia, a restablecer el orden y a contentar la moral última de los seres humanos.

Por eso he dicho que la restricción se impone en este tema, orientación que no significa dejar sin contenido los preceptos que amparan las causas de justificación. Una vez más surge el gran equilibrio que significa nuestra disciplina. Porque no sólo trata de restaurar la convivencia no sancionando al que se defiende legítimamente, sino que declara lícito, conforme a derecho, la muerte del más débil en situaciones de necesidad, en favor de otra vida que no puede ser tenida por criminal.

## VI

El principio de *culpabilidad* es otro de cuantos grandes logros han de apuntarse al haber del Derecho penal.

En otras ramas del ordenamiento jurídico no existen culpables, hay condenados en vía civil o laboral, personas cuyas pretensiones no han sido admitidas, atendidas o fueron simplemente rechazadas, por ejemplo, que no es, ni mucho menos, lo mismo. Ni el sancionado administrativamente es reo de nada. Únicamente la ley punitiva otorga aquella impresión de carácter que, en efecto

acordeón, se prolonga en el asiento registral de antecedentes y en la posible agravante de reincidencia.

Es otra manifestación de la seria dignidad y clara certeza que impregna a las normas penales.

En nuestra ciencia, casi todo ha sido recreado o, al menos, adaptado. La culpa civil, de donde nace la criminal, queda objetivizada desde un primer momento, mientras que ésta va lentamente depurándose de tales elementos para rechazar, modernamente, cuanto huele a *versarismos* típicamente civilistas y a responsabilidades cualificadas por el resultado o de simple sospecha.

Sólo el subjetivismo impregna lo reprochable y en su doble y, a la vez, únicas acepciones, como actuaciones dolosas o culposas (imprudentes); lo fortuito queda extramuros de lo punible. El elemento subjetivo del delito alcanza, así, a la comprensión de su consciencia y voluntad (*tipo doloso*) o de su previsibilidad o evitabilidad (*tipo culposo*).

El llamado en la legislación y literatura italiana delito preterintencional, se resuelve ahora en nuestro país por la vía del concurso, como vio Mir, aunque también cabe la hipótesis de consumir el tramo doloso, las más de las veces indeterminado, en la imprudencia resultante final, criterio de economía procesal por la dificultosa prueba, pero incorrecto técnicamente.

Siempre he creído que convierte en más gravemente reprochable lo que se ha hecho presidido por el deseo que cuanto se ha causado por negligencia, aunque los resultados puedan ser igual de catastróficos. Los niños asesinados en atentado terrorista son tan víctimas inocentes de todo, como los fallecidos en accidente de tráfico por circular su bus escolar muy imprudentemente. Lo que varía no es la muerte, sino la intención original, que es lo que hace mucho más desvalioso el primer delito en cualquier cultura.

Nuestra ley penal menciona pero no define el *dolo*, ni lo clasifica. Esto último sí lo efectúa con la culpa; y al no hacerlo, ciencia y práctica, incluyen en los tipos delictivos las diversas formas dolosas (directo de primer o de segundo grado y eventual), salvo mención expresa en contrario. La cláusula general de la imprudencia es privativa del Código español entre los occidentales.

El dolo directo de primer grado se puede encontrar especificado de manera expresa en determinados delitos, y también tácitamente. Su consecuencia dogmática más clara se concreta en la

imposibilidad de hallar su correspondiente tipo culposo, salvo que, en otros casos, se predique de un tipo básico existente.

Las expresiones *de propósito* en aborto y mutilaciones, *maliciosamente* en transmisión de enfermedades, o *a sabiendas* en blanqueo de dinero, por ejemplo, son reflejo de lo manifestado. No cabe aborto imprudente ni los delitos contra la salud reseñados; tampoco mutilación culposa del precepto preciso, aunque sí lesiones.

Es lo mismo que acontece, en cuanto a la consecuencia mencionada, cuando en el tipo prima un elemento subjetivo, como *ánimo de lucro* en robo y hurto. Igual ocurre en aquellas ocasiones en las cuales el especial elemento subjetivo directo se identifique en expresiones no logradas rotundamente, generalmente definidas en el texto mediante preposiciones finalistas como *para* que se suicide u ocultar su deshonor o *en* descrédito o menosprecio, como sucede en los delitos de inducción o auxilio al suicidio, infanticidio o injurias.

Pese a la gran reflexión de Rodríguez Muñoz, y ahora de Rodríguez Ramos, el *dolo eventual* es eso, dolo, no se integra en la imprudencia temeraria.

En él prima la aceptación del riesgo, lo que no alcanza ni siquiera a la culpa consciente, previa representación del hecho final. De cuantas teorías se han elaborado dogmáticamente para darle adecuada fundamentación, la del sentimiento o indiferencia hacia el resultado; consentimiento, aceptada jurisprudencialmente aunque no dice cómo resolvería el caso denominado de los niños mendigos, pues sus explotadores lo que precisamente no desean es que mueran; y probabilidad, ésta se aparece como la más correcta. La demostración del profesor Gimbernat al respecto siempre fue determinante.

La lógica interna que preside el conjunto del sistema jurídico-penal inclina, tajantemente, a no sancionar como conocido y deseado lo que deriva de un error del agente.

Si fallan los elementos intelectual y volitivo del dolo, el *error de tipo* se produce. En cambio, el error al revés o delito putativo, choca con el muro infranqueable de la tipicidad.

En los casos límites de esta doctrina, como los llaman Mauch/Zipf, tales como el error en el curso causal o específicamente acerca del *dolus generalis*, en el golpe o en la persona, hace falta, previamente, desear cometer una acción intencional. La desviación

del resultado desvalioso halla adecuada respuesta después. En estos supuestos no cabe predicarse que se inician con la infracción negligente del deber de cuidado, como el ejemplo de manual del cazador que dispara al furtivo pensando que era una pieza de caza; aquí el comienzo del hecho no fue doloso sino hijo de la culpa.

Como manifestación del capital principio de las formas explicitadas de culpabilidad, entiendo que puede traerse aquí la explicación del por qué sólo referido al delito doloso se puede construir la teoría del *concurso* de hechos punibles, pero no referirla al delito culposo.

En efecto, en la ley española cabe la concurrencia delictiva, en sus diversas modalidades (real, ideal o continuada), en las actuaciones humanas queridas y buscadas, no así en el conjunto de los resultados imprudentes causados. Aquí se responderá de un único hecho culposo con independencia de cuantos acontecimientos luctuosos, lesiones o daños se produzcan. El delito culposo es único, de resultados varios.

La misma solución, entiendo, ofrece el concurso aparente de leyes y sus admitidas reglas para resolverlo (especialidad, subsidiariedad, alternatividad y consunción). Entre hipotéticas normas concurrentes culposas no parece pensable ni posible que se trate de decidir cuál de ellas reclama su autoridad, pues la imprudencia no es unitaria en sus categorías, a diferencia del dolo, donde lo hay o no, pero atribuido a muy diversificados delitos, y la ley penal reserva la misma pena para todas las culpas de la misma especie, temeraria, antirreglamentaria o simple, con independencia de si las muertes o lesiones resultan en parientes, adultos, niños, recién nacidos, o si acontecen con sustancias venenosas o devastadoras. En cambio, para que la concurrencia entre en juego han de poder, en principio, calificarse los hechos como dolosos de asesinato, parricidio, infanticidio, abandono de menor sobreviniendo su muerte u homicidio, mutilación o lesiones, detención ilegal después de robar o toma de rehenes durante el robo, *ad exemplum* y decidir luego.

Lo que sí se puede ser en los delitos dolosos es más o menos culpable.

Las *circunstancias* agravantes o atenuantes figuran para ello como elementos accidentales del delito cuando no constituyen, claro es, cualificantes de hechos concretos. Circunstancias que no se agotan en el expreso catálogo legal de los artículos 9 a 11 CP, por

cuanto agravantes específicas se encuentran en la Parte Especial, no reflejadas en la General, así las armas en el robo, y caben atenuantes analógicas por tajante mandato del legislador.

Las *reglas* de la comunicabilidad, inherencia o contradicción juegan un papel decisivo en esta materia. Por ellas responde de robo con disfraz el conductor del coche de los atracadores que no lo usa, pero advierte que los coautores lo utilizan; no se aplica la alevosía al asesinato proditorio, el parentesco al parricidio ni el precio al cohecho; así como la demencia senil no se compagina con la premeditación ni ésta con el arrebató.

La culpabilidad no es atribuible a quien carece de capacidad de ser *imputable*. Los trastornados mentales o quien tenga alterada la percepción, salvo *actio libera in causa*, los enajenados y los menores de edad penal son inimputables. ¿Qué razón de ser tiene aquí hablar de hechos dolosos o imprudentes?

Aunque las actuaciones sean, desde luego, típicas y antijurídicas, el reproche de la norma legal no puede extenderse a quien no la comprende y, en consecuencia, no puede aceptarla ni regirse por sus mandatos; no es que no quiera, es que no se le alcanza su efecto motivador de conductas conforme a la convivencia.

Sin entendimiento no puede haber inhibición. La pena tiene sentido cuando despliega su manto de prevención sobre quien es prevenible; lo otro no cabe en una construcción razonable. La *medida de seguridad* ocupa, desde este momento, su lugar para esta categoría de sujetos en todas las actuales legislaciones.

## VII

Cuando el legislador describe los delitos diversos en la Parte Especial, se entiende que se refiere, por norma general, a hechos consumados y ejecutados por un único autor. Excepciones son, por ejemplo, los tipos de resultado cortado o plurisubjetivos.

Precisamente por esto, desde Mayer a Gimbernat, se explica el castigo de la tentativa o la coparticipación criminal como supuestos de *ampliación* de la penalidad para el maestro alemán, o del tipo doloso para el español.

Ya su propio fundamento revela lo especial del estudio del *iter criminis*.

Partiendo de la premisa legal de lo necesario de adentrarse en la fase externa de ejecución directa del hecho criminal, ni la tentativa ni la frustración son el destino u objetivo final de toda conducta delictiva.

En efecto, ningún autor quiere tentar o frustrar lo pretendido. Lo que desea es lograr el éxito en la realización material del delito, no quedarse a medio camino del hecho. Se actúa para consumir.

Ello conlleva unas ineludibles consecuencias dogmáticas.

No hay dolo de tentativa ni de frustración. El dolo, la intención de delinquir, sólo se predica del delito consumado, lo que, como único fin completo, se pretende por el reo; aquí no hay término medio. El disparo del arma era para causar la muerte, aunque se detenga al autor en el momento de apuntar a su víctima o el tiro se incruste en la pared. Si la descarga fue sólo intimidante, el delito doloso es otro.

La tentativa es, pues, un error sobre el resultado del tipo objetivo, que beneficia, a efectos penológicos, al autor.

En segundo lugar y como corolario de lo anterior, de los tipos imprudentes no puede hablarse de imperfección del resultado. O éste tiene lugar, así el atropello efectivo en el paso de cebrá, o no hay delito. Lo cual es lógico; si en la culpa prima, sobre todas las cosas, el no querer realizar a propósito un evento, no sería razonable castigar por el intento de lo que jamás se deseó. Falta la orientación final del hecho y en ello nuestro derecho es tajante: sólo los resultados mortales, lesivos o dañosos, completan la imprudencia.

Después, si se produce el *desistimiento* voluntario de parte o la totalidad de los actos ejecutivos, sólo al culpable alcanza, como causa personal de exclusión de la punibilidad que es. Sólo a quien renuncia al delito se extiende aquel principio de nuestras leyes, literatura y praxis.

Es claro que de lo que desiste es de completar el hecho punible, por la misma razón que éste es lo que se antoja al autor. No se puede apartar uno del delito tentado o de la frustración del mismo, por lo mencionado de la *contradictio in terminis* que supone el quedarse el deseo y la voluntad en la imperfección criminal, a media etapa entre lo buscado y lo no obtenido por causas ajenas a la voluntad del agente.

El desistimiento alcanza a las resoluciones manifestadas (conspiración, proposición y provocación), aunque no se mencione expresamente en nuestra ley, al hacerse patente el razonamiento lógico en la solución de este tema: si tal acontece con lo más grave, que son la tentativa y la frustración, con más sentido envuelve a lo más leve.

El fundamento de la impunidad en caso de apartamiento voluntario del delito obedece a la *ratio* mínima que impregna el Derecho penal. Aquí el legislador renuncia a la pena de esa conducta —no de las ya consumadas— por entender que esa marcha atrás del reo, *motu proprio*, no necesita intervención estatal.

Bien por la idea de Roxin de que en estos casos no nos encontramos en presencia de un “gran criminal” o la retomada por Puppe del “puente de plata” al que huye, la realidad es que no se advierte la necesidad de prevenir especialmente o motivar a quien rectifica en su comportamiento desviado, abandonándolo, y el derecho punitivo, así, no irrumpe en lo innecesario político-criminalmente. Si las aguas vuelven a su cauce, si el incendio remite solo, no se precisan muros de contención ni abrir cortafuegos.

La tentativa y la frustración pueden construirse en los delitos de comisión por omisión, y aquí la dificultad no es mayor.

Como en ellos la imputación dolosa de resultado final es clara, no veo gran problema. Piénsese en la madre que no estaba alimentando al hijo para, así, matarlo, siendo interrumpida su conducta por tercero que advierte la situación. La frustración del parricidio surgiría como segura calificación.

En cambio, no se presenta de igual modo el problema en los hechos típicos de omisión propia. Si estoy huyendo del lugar del accidente del ciclista que me precede y la policía de tráfico me obliga a parar y llevar al hospital al herido, no veo imperfecta la prestación del deber de socorro.

Distinto sería si la víctima hubiera ya fallecido y el conductor decide no detenerse y sigue su ruta, sin saber de la muerte, para evitarse problemas. La figura del delito imposible, por sujeto pasivo inidóneo, aparecerá aquí, pero no es lo mismo.

Lo cual plantea el asunto del desistimiento al revés en este caso. En los delitos de acción tengo que omitir la continuación de la conducta consumativa dolosa. En los de omisión pura actúo conforme al mandato legal. En los de acción y de omisión equiva-

lente, me paro en el seguimiento delictivo o pongo todos los medios que conllevan a la no producción del resultado; pero en los de omisión simple, al volver sobre mis pasos, en el ejemplo anterior de atender el requerimiento de los motoristas de carretera, realizo perfectamente la conducta solidaria que me exige el precepto. Allí no se me castiga por detener el hecho, aquí no se me puede penar por ejecutar la conducta exigida.

## VIII

Ya he advertido que pese a la aparente regla general contenida en los textos penales, en el delito cabe, con gran frecuencia, la confluencia de *partícipes* plurales.

Se trata de conductas satélites, excéntricas, de importancia variable en el hecho controlado por el ejecutor material, por el autor, de quien dependen.

En nuestro derecho la teoría de la codevincuencia alcanza a los considerados autores —inductor, autor mediano y cooperadores necesarios— y a los cómplices, en relación de subsidiaridad. El encubrimiento es postdelictual.

El dominio funcional del hecho típico es el fundamento actual (Roxin) de la responsabilidad compartida, superado el recorrido desde las doctrinas del acuerdo previo al “reparto de papeles”. La material y concreta aportación ejecutiva al hecho delictivo, ese inmiscuirse en la tipicidad, prima sobre criterios puramente formales y extensivos.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha aceptado la teoría de los “bienes escasos” de mi maestro, para deslindar la cooperación necesaria de los actos de complicidad, mejor que la que se atenía al querer el hecho como propio o ajeno.

En esta materia rigen *límites estrictos*, también referentes a la ilicitud mínima que impregna la concepción aquí defendida.

De ahí, que reserve la participación criminal a los delitos dolosos, por un lado y, por otro, que su límite de punibilidad se alcance con la tentativa, no adentrándose en el artículo 4 CP.

Hay textos penales que, por ejemplo, al sentar que la inducción ha de ser dolosa para cometer un hecho intencional, resuelven el problema. Pero ese no es nuestro caso.



No acepto como principio general que pueda hablarse de codelinuencia en los delitos imprudentes. En algunos de los casos propuestos por Antón, como es claro, se solventan por la prohibición de regreso (culposo en doloso) o la autoría mediata (doloso en culposo). Una cosa es que pueda defenderse que, después, los reos negligentes responden por su propia culpa (dejar la escopeta cargada; administrar inyección, sin comprobar, fiada del doctor, etc.), pero no son partícipes en los hechos dolosos de los otros.

Un ejemplo que circula desde Battagliini a Jescheck, con modificaciones, es el del amigo de quien va al volante incitándole a conducir más deprisa y a no respetar las señales de tráfico, produciéndose el fatal accidente. Se trataría, así, de una supuesta participación culposa en delito imprudente y ambos autores resuelven con la verificación del concurso de voluntades, aunque entre los alemanes sólo cupiera sancionar al conductor.

En efecto, en este caso no puede castigarse al acompañante, amigo o dueño del vehículo que jalea al chofer. Quien ha ido a muy superior velocidad de la debida es sólo quien conduce y él fue quien no frenó en los discos rojos y quien, en fin, no pudo controlar el auto, arrollando al peatón. La persona que a su lado va en el asiento derecho o en el trasero, no efectúa ninguna de esas actuaciones y, además, tampoco quiere el resultado final, atributo de la culpa; únicamente pretende "picar" al influenciable conductor. Es lo mismo que si el cazador acompañante le indica, sin ninguna certeza, que existe una pieza en tal arbusto y el otro, ni corto ni perezoso, le descerraja un disparo al furtivo, respondiendo sólo éste del muy negligente o imperito actuar.

Y además, en estos supuestos, el pretendido cooperante culposo ni siquiera puede afrontar un hacer temerario, por cuanto nada realiza fácticamente, sólo anima o aconseja, no a lesionar o herir, sino a correr más o cobrar una pieza no muy segura.

Si el hecho fuera doloso, todo cambia. Es cuando el profesor italiano ejemplifica con el mismo caso, pero el atropello se causa, al ver el propietario del vehículo a su enemigo delante, en bicicleta, por la velocidad excesiva que ordena mantenga su conductor. De nuevo volveríamos aquí a un problema de dolo eventual y, al ser de dolo, a resolver en cada pseudopartícipe según su responsabilidad propia, intencional el acompañante, imprudente el chófer.

En cambio, si quien conduce y quien viaja en el automóvil no socorre al herido, al ordenar el dueño del vehículo no detenerse,

ambos responden por la omisión dolosa del deber correspondiente, pues aquí cabe lo mismo no frenar y desatender, que mandar no realizarlo.

Rígease la participación en los delitos especiales por la tesis, superadora de la comunicabilidad de circunstancias, mantenida durante décadas por el Tribunal Supremo, de las reglas de la unidad del título de imputación, defendida por mi maestro y por Rodríguez Devesa.

No se trata, pues, de aplicar el artículo 60 CP a cualificantes del tipo, para lo que no fue pensado, sino las normas de accesoriedad por coherencia interna del sistema en esta materia. Además, el propio legislador español, en aparente contradicción con el precepto mencionado –ilusorio contraste, pues nunca existió según una correcta interpretación de los artículos– señala en el artículo 17 la calificación de encubridor al que lo sea de parricidio, aunque no le pueda alcanzar esa circunstancia de relación personal o particular con el ofendido.

En cuanto a la teoría del error, el del autor tampoco prolonga sus efectos beneficiosos a los partícipes si se yerra en el objeto o en el golpe. Si la falsa representación se produce sobre una circunstancia cualificante o que agrava la pena, se ha de estar al básico de tipo.